

Commentaire du Groupe européen de droit international privé sur le projet de communication de la Commission concernant la liberté de prestation de services et l'intérêt général dans la deuxième directive bancaire ⁽¹⁾

(Venise, 22 septembre 1996)

1. Dans son projet de communication, la Commission

« considère que l'application des principes de détermination de la loi applicable sur la base la convention de Rome [du 19 juin 1980] peut éventuellement entrer en conflit avec le principe de reconnaissance mutuelle des activités bancaires, pierre angulaire de la deuxième directive. »

Ce conflit résulterait du fait que le principe de reconnaissance mutuelle

« tend vers l'application du droit matériel du fournisseur du service, sous réserve du respect des règles d'intérêt général du pays d'accueil »,

tandis que la convention de Rome conduirait,

« notamment lorsque le contrat est conclu avec un consommateur, un juge à désigner automatiquement comme législation applicable à un contrat bancaire celle du pays du consommateur (pays d'accueil dans l'hypothèse retenue). Un conflit serait ainsi créé avec le principe de reconnaissance mutuelle, sur la base duquel seules les règles d'intérêt général du pays d'accueil satisfaisant aux tests dégagés par la Cour peuvent être opposées au prestataire. »

La Commission souligne que si la législation du pays d'accueil en matière de protection du consommateur peut relever de l'intérêt général, il ne fait aucun doute que lorsqu'un

« conflit de lois applicables devait se présenter, le droit communautaire l'emporterait. La convention de Rome elle-même prévoit la primauté du droit communautaire (article 20). »

2. De l'avis du Groupe, ces affirmations étendent indûment la portée du principe de reconnaissance mutuelle des activités bancaires. S'il est vrai que ce principe vise à permettre aux opérateurs du secteur bancaire de fournir dans l'Etat d'accueil les mêmes services qu'ils ont en droit de fournir dans leur Etat d'origine sans que notamment les dispositions de l'Etat d'accueil y régissant impérativement de tels services puissent normalement leur être opposées, il ne vise cependant pas à soumettre les contrats de droit privé conclus avec les destinataires des services à une loi déterminée, telle la loi de l'Etat d'origine du fournisseur. En effet, il convient de distinguer dans ce contexte entre, d'une part, les dispositions régissant la régularité de l'exercice des activités bancaires et, d'autre part, le régime juridique auquel sont soumis les contrats de droit privé portant sur des activités régulières, c'est-à-dire conclus dans l'exercice des libertés communautaires. A cet égard, la Commission souligne elle-même que le « droit civil » de l'Etat d'accueil continue à s'appliquer à la succursale ou au prestataire étranger dans les limites notamment de l'harmonisation communautaire.

S'il n'est pas exclu que des restrictions aux activités jouissant de la reconnaissance mutuelle puissent également être l'effet de dispositions de droit privé, tel n'est normalement pas le cas des règles de conflit de lois en matière contractuelle qui ont précisément été unifiées, au niveau communautaire, dans la convention de Rome. Ni, à l'évidence, la liberté des parties de choisir la loi applicable à leur contrat, consacrée par l'article 3 de la convention, ni les autres règles de rattachement prévues par celle-ci, pour autant qu'elles donnent effet à la loi d'un pays avec lequel le contrat présente des liens caractérisés, objectifs et étroits, ne pourraient être qualifiées, en tant que telles, de restrictives aux activités en question.

Ceci vaut également pour l'article 5 de la convention dont le fonctionnement a été méconnu dans le projet de communication. En effet, la désignation de la loi de la résidence habituelle du consommateur, prévue par cette disposition, n'a lieu qu'en l'absence de choix de la loi applicable au contrat par les parties et, en présence d'un tel choix, cette désignation vaut uniquement si le contenu de la loi choisie n'est pas apte à réaliser la protection du consommateur en tant qu'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi de sa résidence habituelle. Par ailleurs, l'application de l'article 5 suppose, outre la réunion des conditions énoncées au paragraphe 1er, que le contrat entre dans le champ

d'application matériel de cette disposition, ce qui n'est notamment pas le cas de toutes les prestations bancaires. Dans les cas non visés par l'article 5, et en l'absence d'un choix de la loi applicable, ce sera normalement la loi du pays de la résidence habituelle du prestataire du service bancaire qui régira le contrat en vertu de l'article 4, paragraphe 2, de la convention.

De l'avis du Groupe, la désignation de la loi de l'Etat d'accueil n'est pas nécessairement constitutive d'une entrave mais doit être mise en relation avec le contenu du droit matériel. En effet, celui-ci peut être plus favorable au prestataire de services que le droit de l'Etat d'origine. Le raisonnement de la Commission montre que celle-ci se préoccupe surtout de l'application éventuelle de dispositions matérielles de l'Etat d'accueil qui, sans être justifiées par l'intérêt général, restreignent une activité bancaire bénéficiant de la « reconnaissance mutuelle ». Or, s'il est vrai que de telles dispositions ne peuvent être appliquées en vertu du droit communautaire, on peut se demander s'il en va ainsi également de la méthode de leur désignation. En tout état de cause, cette question, tout comme l'incidence précise sur les échanges de disparités des règles de droit privé, ne paraît pas suffisamment mûre pour permettre une prise de position aussi catégorique que celle du projet de communication.

Le Groupe suggère par conséquent à la Commission de modifier le texte du projet de communication afin de tenir compte de ces remarques et de faire apparaître notamment que les règles de droit communautaire écartent certes l'application des dispositions matérielles restreignant les activités bénéficiant de la reconnaissance mutuelle et non justifiées par l'intérêt général, mais ne mettent pas nécessairement en question les règles de conflit de la convention de Rome en tant que telles.

1. JO 1995, C 291/7